

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 94, 2015

LOSARDO, Martín Francisco, "Creación pretoriana de las acciones de clase, la problemática...", pp. 107-131

## CREACIÓN PRETORIANA DE LAS ACCIONES DE CLASE, LA PROBLEMÁTICA DE LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA AL ÓRGANO JUDICIAL Y LOS DIFERENTES MODOS DE SUPERARLA ANTE LA MORA DEL LEGISLADOR\*

MARTÍN FRANCISCO LOSARDO\*\*

**Resumen:** A la fecha del presente, Argentina no tiene reguladas legislativamente las llamadas "acciones de clase". Por ello, en primer lugar, realizaremos un breve recorrido histórico de las diferentes creaciones jurisprudenciales por parte de nuestro Alto Tribunal a través de los tiempos que luego fueron positivizados por el órgano legisferante o por el constituyente. Analizaremos cuál fue la razón de ello. Acto seguido, invitaremos al lector a preguntarse por qué esos órganos deberían atender a las exhortaciones del tribunal: ensayaremos nuestra respuesta al interrogante. En tercer lugar, a partir del dictado del fallo "Halabi" –que receptó las "acciones de clase" –, y ante la omisión del órgano legislativo de incorporarlas al Derecho positivo –posible caso de inconstitucionalidad por omisión–, resaltaremos esta situación de anomalía junto a un breve repaso conceptual e histórico de esta herramienta procesal que, hasta el momento, no ha corrido con la misma suerte que los antecedentes jurisprudenciales que serán citados. Es por ello que advertiremos sobre la necesidad de su recepción legislativa al considerar los beneficios que traería aparejado. Ante este panorama de "activismo judicial" –caso de "objección contramayoritaria"– propondremos un modo de superación.

**Palabras clave:** antecedentes jurisprudenciales – siri – kot – badaro – acciones de clase – activismo judicial – proyectos de ley – inconstitucionalidad por omisión – halabi – debate constituyente – marconetti – cocchia – peralta – colella – mora del legislador – objección contramayoritaria.

\* Recepción del original: 2/4/2015. Aceptación: 22/6/2015.

\*\* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

**Summary:** At the date hereof, Argentina has not regulated what is legislatively-called "class actions". Therefore in the place we will take a brief historical overview of the different jurisprudential creations by our High Court throughout times that were later turned into laws by the legislative branch or by the constituent member. We will analyze what was the reason for doing that. Then, we will invite the reader to wonder why these bodies should heed the Supreme Court: we will rehearse our response to that question. Thirdly, since the enactment of "Halabi" court ruling –which contains the "class actions"– and with the omission of the legislative branch to incorporate it to the positive law –possible case of unconstitutionality by omission–, we will highlight this anomalous situation along with a brief conceptual and historical review of this procedural tool that so far, has not run with the same fate as the legal background that will be quoted. That is why we notice about the need for legislative hosting to consider the benefits that this would entail. Against this background of "judicial activism" –case of "counter-majoritarian objection"– we propose a way for overcoming it.

**Keywords:** jurisprudential background – siri – kot – badaro – class actions – judicial activism – bills – unconstitutionality by omission – halabi – constitutional debate – marconetti – cocchia – peralta – colella – legislative debt – countermajoritarian objection.

## I. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE LUEGO FUERON POSITIVIZADOS

A continuación haremos un repaso histórico, a modo ilustrativo, de los institutos más importantes avalados por la CSJN –en adelante, la "CSJN"– que luego fueron legislados y/o incorporados a la Constitución Nacional. De ningún modo la lista que se transcribe a continuación es acabada,<sup>1</sup> sino que es al simple efecto ejemplificador.

Tal vez un ejemplo paradigmático sea la actitud de la CSJN respecto a la acción de amparo.<sup>2</sup> Durante décadas, la Corte venía señalando al legisla-

1. Contrariamente, esta cuestión merecería un trabajo exclusivo.

2. SAGÜÉS, N. P., "Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", en VEGA GÓMEZ, J. y CORZO SOSA, E. (coords.), *Instrumentos de tutela y Justicia constitucional*, elaborado en el marco de actividades del Centro interdisciplinario de

dor que esta herramienta procesal no existía positivamente y que los jueces no podían inventarla. Se trataba y trata de una figura procesal necesaria para un proceso rápido, expedito y comprimido para proteger los derechos constitucionales fundamentales. Además, indicó que el Habeas corpus, vigente en ese momento, tutelaba la libertad personal pero no podía usárselo para cubrir otros derechos constitucionales. Sin embargo, en 1957, en el caso "Siri"<sup>3</sup> el Tribunal cambió de parecer ante la violación por la autoridad pública de los derechos constitucionales de libertad de imprenta y de trabajo, y el planteo de su restauración por un trámite que no podía ser el del de Habeas corpus, sino uno nuevo y distinto.

Al año siguiente, en el caso "Kot SRL",<sup>4</sup> la Corte ratificó esa tesis y la amplió: por un lado, habilitó el amparo contra actos de particulares. Por otro lado, lo entendió como una garantía no enumerada que estaba en el paquete de derechos implícitos del art. 33 de la Constitución Nacional. El discurso jurídico de la Corte, en verdad no fue el de acusar al legislador de mora por inconstitucionalidad en el dictado de la Ley de Amparo, al que definió estructuralmente. Es interesante lo señalado a la luz de que la figura del amparo como tal fue incorporada legislativamente por la Ley 16.986<sup>5</sup> —es decir, ocho años después—. Pero lo más llamativo de la cuestión fue el tratamiento que se le dió constitucionalmente en el año 1994. Prueba de ello son los debates pronunciados en las sesiones del constituyente con la Reforma constitucional. Repasemos un poco lo que se ha dicho y cómo la Corte siempre estuvo presente en estos debates.<sup>6</sup> El Sr. Díaz dijo:

*"[t]uvimos que llegar en 1957 para que en el leading case de 'Siri' la CSJN estableciera por primera vez el amparo en nuestro orden jurídico".* También citó el posterior caso "Kot".

Por otro lado, la Sra. Ancarani esgrimió:

*"[e]n rigor de verdad, no estamos siendo sinceros porque no estamos creando absolutamente nada, sino que se está recepcionando un extenso y medular tratamiento doctrinario. Obviamente, todo está generado, en primera instancia, en la actuación de la justicia ordinaria y, después, en la*

---

Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de Rosario, de la Universidad Católica Argentina, México, DR, 2002, p. 614.

3. CSJN, 27/12/1957, "Siri, Ángel", *Fallos* 239/459.

4. CSJN, 5/9/1958, "Kot, Samuel S.R.L.", *Fallos* 241:291.

5. Ley 16.986, sancionada y promulgada el 18/10/1966; "B.O.", 20/10/1966.

6. Debate Constituyente: sesiones del 11/8/1994 y 12/8/1994.

*de la Corte (...) Esto es producto de una larga y fecunda tradición jurídica argentina e internacional".*

Por último, el Sr. Quiroga Lavié expresó:

*"[f]rente a la omisión del legislador es posible que cuando el nivel de orden público o el estado de necesidad generado por la omisión implican para la Justicia la necesidad de hacer lugar a la tutela, es posible que la Justicia sustituya al legislador para hacer prevalecer la supremacía de la Constitución".*

En este orden de ideas, en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich", la CSJN se adelantó una vez más al constituyente cuando estableció la operatividad de los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos, en referencia, en el caso concreto, al Pacto de San José de Costa Rica. Textualmente el Alto Tribunal afirmó:

*"[t]oda vez que el Pacto de San José de Costa Rica es un tratado internacional sobre derechos humanos, le resulta aplicable la citada presunción de operatividad".<sup>7</sup>*

Ya vimos cómo la Corte se adelantó jurisprudencialmente, una y otra vez, estableciendo en este caso la reseñada operatividad. Sin embargo, debieron pasar dos años para que el constituyente aplicase esta doctrina. La Corte siempre estuvo presente en los debates constituyentes sin estarlo físicamente.<sup>8</sup> Algunos constituyentes, como el Sr. Barra, dijeron entonces [en referencia a la operatividad de los tratados]:

*"[n]uestra Corte Suprema de Justicia receptó estos principios en las causas 'Ekmekdjian c. Sofovich' de julio 1992 y un año después en 'Fibra c. Comisión Mixta de Salto Grande (...)'" [del 7/7/1993].*

Análogos fueron los casos de movilidad jubilatoria. A partir de los fallos "Badaro"<sup>9</sup> y similares que siguieron a sus dictados, no solo el Poder Legislativo tomó cartas en el asunto, sino que también lo hizo el Gobierno Nacional cuando anunció, por decreto, un aumento del 13% a los jubilados. En resumidas cuentas, el 8 de agosto de 2006, la CSJN resolvió por primera vez la causa "Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/ reajustes

7. CSJN, 7/7/1992, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", considerando N° 16, *Fallos* 315:1492.

8. Debate Constituyente: sesiones del 2/8/1994.

9. CSJN, fallos del 6/8/2006 (*Fallos* 329:3089) y 26/11/2007 (*Fallos* 330:4866), "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios".

varios",<sup>10</sup> por el que exhortó al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que, en lo que respecta a la movilidad jubilatoria por el período posterior al 31 de marzo de 1995, en un plazo razonable adoptasen las medidas legislativas necesarias para efectuar las correcciones con el objeto de hacer cesar la omisión de disponer un ajuste por movilidad en el beneficio del actor, el cual resultaba superior a mil pesos. Sin embargo, en lugar de declarar la inconstitucionalidad del sistema de movilidad vigente en ese momento (Ley 26.198<sup>11</sup>) por resultar contraria al art. 14 bis de la Constitución Nacional y fijar sin más la movilidad, la Corte, "a fin de no menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar", dijo que correspondía diferir el pronunciamiento sobre su validez hasta tanto los órganos exhortados adoptasen las medidas requeridas.

En su segundo pronunciamiento,<sup>12</sup> que se enmarcó en la línea trazada sobre la vigencia de los derechos sociales, la Corte volvió sobre el rol del Poder Judicial ante la omisión de los otros poderes respecto de su efectivización, tornando la inacción del Legislativo como una „omisión normativa inconstitucional". No habiendo el Poder Legislativo cumplimentado tal omisión, la Corte lo exhortó a la modificación del sistema de movilidad de la Ley 24.463 (de 2005) por otro que cumpliera con los postulados constitucionales. Ante la falta de respuesta del Legislativo, luego de su intimación, la CSJN se reservó la posibilidad de adoptar, para el caso concreto, las medidas correctivas necesarias a fin de cumplir con el cometido constitucional de „jubilaciones y pensiones móviles", que no podía ser otro que un sistema que contemplase los cambios económicos y sociales: en el caso, el índice general de variación salarial. Luego de estos paradigmáticos fallos, y otros numerosos que les sucedieron, no podemos dejar informar como novedoso cómo la Corte ha sido escuchada nuevamente, a la luz del reciente proyecto de ley de movilidad jubilatoria<sup>13</sup> aprobado por el Congreso de la Nación (su art. 2 imponía que el haber mínimo garantizado

10. CSJN, 8/8/2006, "Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/reajustes varios", *Fallos* 329:3089.

11. La ley 26.198, que aprobó el presupuesto general de la administración nacional del año 2007, convalidó las modificaciones en los valores mínimos de las prestaciones dispuestas en los decretos 391/03, 1194/03, 683/04, 1199/04, 748/05 y 764/06, el suplemento por movilidad establecido en el decreto 1199/04 y el incremento general de los beneficios dispuesto por el decreto 764/06 (art. 48).

12. CSJN, 26/11/2007, "Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS", *Fallos* 330:4866.

13. Proyecto de Ley N° 26.649 (14/10/2010).

en el art. 1 se aplicaría a los treinta días de promulgada la ley; se puede establecer así un paralelo con el plazo en el que se ordenan las medidas cautelares por las que se dispone el pago de la movilidad garantizada en el precedente "Badaro"). Sin embargo, cabe mencionar que esta ley fue vetada por la Presidente de la Nación<sup>14</sup> pero surgió luego de la presentación de diversos proyectos de Ley en los que siempre, quienes los propusieron, citaron al Alto Tribunal. Por ejemplo, en el proyecto de la senadora Sonia Escudero,<sup>15</sup> se dijo textualmente:

*"[a]simismo, como todos sabemos, la actual situación motivó una avalancha de reclamos ante la Justicia, cuya respuesta fue categórica. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en el fallo 'Badaro, Adolfo Valentín c. Administración Nacional de la Seguridad Social', dejando muy en claro la inconstitucionalidad del actual régimen y el llamado al Congreso para que corrija este sistema, que, solo en parte, fue atendida por la reforma previsional".*

Por su parte, María J. Bongiorno<sup>16</sup> argumentó:

*"[m]e parece adecuado dedicar otro debate adicional a la actualización de las pautas jubilatorias conforme los precedentes 'Badaro y otros', de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Estimo que, una vez recompuesto el 82% móvil y asegurado su financiamiento, tendremos que dar, desde este Parlamento, solución definitiva a este tema que abarca a miles de jubilados y provoca verdaderos colapsos en nuestro fuero de la Seguridad Social".* Por último, el senador Rolando A. Bermejo<sup>17</sup> expresó que *"[p]or su parte es dable destacar, los antecedentes que avalan el tratamiento de esta cuestión, considerando los fundamentos vertidos en múltiples fallos judiciales que fueran subsumidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el renombrado caso „Badaro“ (...)".*

Otros casos resonantes resultan ser los de "Marconetti"<sup>18</sup> –que encontró su similar en el actual art. 75 inc. 30 de la Constitución Nacional: doctrina de la no interferencia de la legislación local sobre la legislación nacional que regule los fines de los establecimientos de utilidad nacional–,

14. Decreto 1482/2010 (14/10/2010).

15. S-2013/07, proyecto de ley de la senadora Sonia Escudero.

16. S-3150/10, proyecto de ley de la senadora María J. Bongiorno.

17. S-3271/10, proyecto de ley del senador Rolando A. Bermejo.

18. CSJN, 9/8/1968, "S.A. Marconetti Ltda", Fallos 271:186.

"Cocchia"<sup>19</sup> –el que también encontró su correlato en la reforma constitucional de 1994, en el actual art. 76: prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo–, "Peralta"<sup>20</sup> –que halló su sucesión inmediata en texto del actual art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional: admisión de los decretos de necesidad y urgencia a modo de excepción–, y "Colella"<sup>21</sup> –del que se hizo eco el actual art. 80 de la Constitución Nacional: promulgación parcial de las leyes–, entre otros.<sup>22</sup>

## II. ¿POR QUÉ EL ÓRGANO LEGISFERANTE DEBERÍA ATENDER LOS LLAMADOS DE ATENCIÓN DE LA CSJN?: EL ROL DEL PODER JUDICIAL

Como afirmó el gran maestro Cassagne,

*"[e]l fin del Estado consiste, en definitiva, en la realización de la Justicia, cuyo sentido se halla universalmente admitido en todos los pueblos".*<sup>23</sup>

Pero la existencia del Estado está determinada por la misma Constitución. Consecuencia de ello es que, según el prestigioso profesor Ekmejdjian,

*"[l]a supremacía constitucional significa que la Constitución normativa es el fundamento y la base de todo orden jurídico-político (...) Finalmente, significa que todas las normas y actos que forman el amplio universo del orden jurídico positivo, deben adecuarse a la Constitución, en su fondo y en su forma; es decir, deben concordar con ella, ser compatibles con ella, tanto formal como materialmente (...)".*<sup>24</sup>

Ahora bien, cabría preguntarse por qué el órgano legislativo, que debe cumplir con su cometido constitucional, debería tomar los recaudos que la propia Corte le indica, como vimos anteriormente. La re-

19. CSJN, 2/12/1993, "Cocchia, Jorge Daniel c. Estado Nacional y otro s/ acción de amparo", *Fallos* 316: 2624.

20. CSJN, 27/12/1990, "Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía --Banco Central--)", *Fallos* 313:1513.

21. CSJN, 09/08/1967, "Colella, Ciriaco c. Fevre y Basset, S. A. y/u otro", *Fallos* 268:352.

22. Este resulta ser un tema de suma relevancia para futuros trabajos.

23. CASSAGNE, J. C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, 7ma edición, p. 87.

24. EKMEKDJIAN, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1995, t. 3, p. 269.

spuesta la hallamos en el carácter de intérprete final<sup>25</sup> y guardián de la Constitución<sup>26</sup> que tiene el Tribunal Supremo, el que, a través de sus fallos, va completando el texto constitucional. Como mencionábamos previamente,

*"[l]a argumentación admisorio de la gestión judicial para atender la inconstitucionalidad por mora legislativa, en la producción de normas generales, parte del supuesto de que la Constitución es una norma jurídica obligatoria, a la que están sometidos el legislador y el juez. Si el primero no dicta la ley reglamentaria de una cláusula constitucional programática (...) el poder judicial debe hacer prevalecer la Constitución tornándola operativa en todo lo que pueda e intimidando al órgano moroso a que cumpla con su deber constitucional. De fracasar esa tentativa, le corresponde al juez cubrir dentro de lo razonable y posible el vacío lagunoso, para el caso a resolver (...) Resulta de interés destacar que en ese quehacer, la judicatura, que podríamos llamar "activista", ha hecho uso de diversas herramientas para superar la inconstitucionalidad por omisión (...)".<sup>27</sup>*

Continuando el razonamiento, el Dr. SAGÜÉS afirmó:

*"[e]n las últimas décadas, en cambio, ha crecido la doctrina que reputa a la inconstitucionalidad por omisión como un tema preocupante, que debía exigir remedios constitucionales para resolverlo, sea por la Constitución misma, por leyes ordinarias e incluso respuestas pretorianas por los tribunales, aunque no hubiese ley reglamentaria sobre el tema. Se trata, por tanto, de un capítulo en permanente y eruptiva elaboración, donde confrontan posiciones conservadoras frente a posturas activistas que reclaman un mayor protagonismo judicial. Es notorio que todo ello muestra un cambio en la conciencia jurídica constitucionalista: la sociedad contemporánea reclama al Poder Judicial soluciones, aunque ellas no hayan sido previstas por los poderes legislativo o ejecutivo (...)".<sup>28</sup>*

Corolario,

25. CSJN, 17/12/1997, "Rodríguez, Jorge" en "Nieva, Alejandro y otros c. PEN", Fallos 1:1340.

26. SAGÜÉS, N. P., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, p. 208.

27. SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 613.

28. *Ibíd.*, p. 618.



*“[I]o importante es imaginar y aplicar una solución operativa. Lo inadmisibile es que los tribunales se queden cruzados de brazos, so pretexto de que no hay una norma procesal explícita para combatir a la inconstitucionalidad por omisión (...).<sup>29</sup>*

En el mismo sentido se enmarcó Jorge Ignacio Sobrino Reig<sup>30</sup> cuando nos dice:

*“[d]esde ya que se requiere una actitud audaz, pues, como es sabido en algunos sectores, provoca escozor la intervención del Poder Judicial en caso que se alegue mora del legislador. Pero esa audacia no debe verse como una facultad sino como una obligación de los jueces; debe tenerse fundamentalmente en cuenta que así como el órgano legislativo es quien tiene la potestad exclusiva de dictar la norma en cuestión, al no hacerlo se aparta del mandato constitucional conferido y es allí donde debe intervenir el Poder Judicial como intérprete último y guardián de la Constitución. Traigo a colación lo sostenido desde antaño por el Alto Tribunal en el sentido que ‘El mandato de la Constitución que pesa sobre el Poder Judicial es el de descalificar todo acto que se oponga a aquélla’” (...).<sup>31</sup>*

La Corte ha resuelto, a su vez:

*“[n]o hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los otros poderes y del deslinde de atribuciones de estos entre sí. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por este tribunal, desde 1864, en cuanto a que ‘es el intérprete final de la Constitución’ (...).<sup>32</sup>*

### III. LA CORTE AVALA LA FIGURA DE LAS “ACCIONES DE CLASE”

Luego de expuestas las creaciones jurisprudenciales que luego fueron tomadas por el constituyente o por el legislador, creemos necesario dar cuenta del reciente dictado de un conocido fallo que reguló, estructuralmente

29. *Ibíd.*, p. 619.

30. Sobrino Reig, J. I., *La conveniencia del control de constitucionalidad difuso para superar la inconstitucionalidad por omisión*, ponencia presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

31. CSJN, *Fallos* 32:120.

32. CSJN, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, *Fallos* 332:111.

y desde la judicatura, las llamadas "acciones de clase" en nuestro país a partir del conocido caso "Halabi".<sup>33</sup>

Prudente sería no explayarnos en demasía respecto a un análisis conceptual en lo que a "acciones de clase" se refiere: tan solo debemos aclarar que es una herramienta procesal jurídica que tiene en miras la defensa de derechos individuales homogéneos, generalmente de consumidores o defensores de cuestiones medioambientales. Esta clase de derechos, enunciados pretorianamente por la misma Corte, rompió con la tradicional trilogía de la doctrina italiana de "derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple". Lo que nos interesa analizar –para no hacer sobreabundante y tediosa la lectura del presente– es tomar a la "acción de clase" como iniciativa de un órgano contramayoritario que ha sido tenido en cuenta, por lo menos en proyectos de ley, por un órgano mayoritario.

En palabras del Dr. Bianchi, no se trató tan solo de una creación jurisprudencial propiamente dicha, sino de un aval constitucional donde se establecieron las pautas necesarias a la hora de legislar en materia de "acciones de clase". En otras palabras, la Corte entendió que, implícitamente, las "acciones de clase" ya existían como herramienta procesal (garantizada en la misma Constitución Nacional). Por eso mismo, una vez más, exhortó al Poder Legislativo a que dicte una ley al respecto<sup>34</sup> que, en definitiva, es el tema bajo análisis. Bianchi consideró que la exhortación por parte de la Corte al órgano Legislativo no debe ser considerada un agravio para la división republicana de poderes, ya que el llamado que hace el Alto Tribunal para que se legisle en la materia debe ser tomado como una exhortación *no vinculante*.

Resulta conducente analizar las ventajas que poseen las "acciones de clase", tanto desde el lugar del particular –o miembro de la eventual clase– como desde el Estado mismo. En Estados Unidos han sido permitidas porque aseguran un menor costo del litigio, la oportunidad para los demandantes de buscar alivio con pequeñas cantidades de dinero, mayor eficiencia judicial –menor tiempo judicial invertido–, mayor uniformidad de las recuperaciones de los demandantes similares –porque están respaldadas por un solo acuerdo o una sola decisión del juez–, mayor uniformidad para

33. *Ibíd.*

34. BIANCHI, A., "El fallo 'Halabi', las acciones de clase en la Argentina", en Del Carril, E. V. (pte.), *La Hoja Online*, nro. 123, publicación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, La Ley, junio de 2009.

los acusados y la oportunidad de que a todos los demandantes se les cubran daños y perjuicios –ya que el acusado no se enfrentará a múltiples demandas–.<sup>35</sup> En su visita a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el año 2008, el Dr. Timothy Eble enumeró varios aspectos positivos de las “acciones de clase”, entre los que se encuentran: la unificación de la representación, el consiguiente decrecimiento de la burocratización del proceso y el abaratamiento de costos judiciales.<sup>36</sup> Como la justicia es un recurso escaso, según J. SOLA, entendemos que las “acciones de clase” son una forma de reducir los costos de transacción en que incurre el Estado a la hora de garantizar el acceso a la justicia.<sup>37</sup> Entre otras ventajas debemos destacar las consignadas en los argumentos del proyecto de ley de “acciones de clase” de los diputados José Antonio Villariño, Osvaldo Rubén Salum y María Inés Diez<sup>38</sup> que rezan, en su parte pertinente:

*“[l]as acciones de clases son una de las más importantes innovaciones en materia de responsabilidad civil. La razón de su presencia tan amplia está basada en su versatilidad. Son fundamentalmente un procedimiento que permite agregar pretensiones separadas que por sus propias características no están unidas por ninguna teoría sustantiva. En teoría permiten unir números muy grandes de pretensiones de individuos separados independientemente del tema a que se refieren (...) La principal ventaja de las acciones de clase es que efectivamente unen acciones separadas sobre una misma cuestión que por los altos costos procesales serían impracticables si se litigaran individualmente. La acción de clase permite la amplificación de acciones de un monto reducido y que requieren una prueba compleja y muy costosa en la producción. Disminuye los costos del litigio y permite traer mayores recursos y un asesoramiento jurídico especializado y de alto nivel (...) Las acciones de clase no tienen una función exclusiva de defensa de los derechos constitucionales. Pero son una herramienta útil en aquellos casos que una misma violación de esos derechos afecta a muchas personas que por los costos del proceso no pueden acceder a la*

35. Corte Suprema de Justicia de Canadá, 18/10/2001, Hollick, John c. Toronto (Ciudad).

36. EBLE, T. E., “Conferencia - Problemática de las acciones de clase”, en *Revista Derecho al Día*, nro. 108, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires - Facultad de Derecho, 28 de junio de 2007.

37. SOLA, J. V., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2006, pp. 634-635.

38. 2199-D-2009, proyecto de ley de los diputados José Antonio Villariño, Osvaldo Rubén Salum y María Inés Diez.

*justicia. De esta manera se reducen los costos de prueba, de honorarios de letrados, del esfuerzo en demandas diferentes y finalmente del procedimiento en múltiples juzgados. Los Constituyentes del '53 no conocían estas acciones pero podemos adoptarlas en su homenaje para poner en vigencia definitiva los derechos que ellos crearon (...)*".

Otra de las razones de ser de las "acciones de clase", a nuestro entender y según posicionamientos de la doctrina más calificada en la materia, es el fortalecimiento de la parte actora –v. gr. consumidores frente a una gran empresa, una sociedad con gran poder económico o el mismísimo Estado, si se quiere, "omnipotente"–.

En suma, las "acciones de clase", siguiendo el razonamiento expuesto, vienen a reforzar a la parte más débil del litigio. En otras circunstancias, si hipotéticamente un consumidor se presentase aisladamente a litigar contra una gran empresa que ofrece servicios públicos, que tiene un enorme poderío económico y con un gran estudio de abogados detrás entre otras particularidades, las posibilidades de presión/negociación por parte del consumidor aislado y sus recursos económicos –que son escasos o prácticamente nulos– serían evidentemente desproporcionadas.

El demandante quizás hasta ni pueda afrontar los costos del litigio. Sin embargo, si el consumidor formase parte de una clase, donde se presentan un número considerable de consumidores en una misma "acción de clase" con singulares particularidades e intereses afectados, las posibilidades económicas del grupo así conformado serían mayores. La presión y poder de negociación que ejercerían quizás llevase a los demandados a transaccionar las sumas de dinero reclamadas antes que tener que enfrentarse a una condena, en su caso, más onerosa. Así, dentro de las ventajas que poseen las "acciones de clase", están las de obtener resultados equitativos para los demandantes y justicia para los acusados.<sup>39</sup>

La ventaja de concebir las "acciones de clase" como herramienta procesal para el fortalecimiento de la parte actora frente al demandado ha encontrado un antecedente legislativo del Derecho comparado que merece ser traído a colación: es el caso de Suiza, en donde se propuso la creación de un nuevo Código Civil en 2006, en el que se introducirían las "acciones de clase"; su introducción fue rechazada por considerarse que podrían ser utilizadas como forma de abuso en el sentido de que las sumas de dinero

39. Corte Suprema de Justicia de Canadá, 18/10/2001, "Hollick, John c. Toronto (Ciudad)".

solicitadas por el actor generalmente eran muy altas, por lo que el demandado estaría forzado a responder por ellas, si no quisiese enfrentar grandes endeudamientos e insolvencias, le llamaron "chantaje legal".<sup>40</sup>

Vemos, en el ejemplo dado, cómo una "acción de clase" podría ejercer una fuerte presión sobre el demandado y reforzaría al actor hasta el punto de considerarlo "abusivo". Pero deberíamos interrogarnos si ello no generaría una situación de injusticia, no queremos garantizar con esto la omnipotencia del actor, sentando como un principio el de "*in dubio pro-clase*".

Creemos que fortalecer a la parte actora no sería tan mal visto teniendo en cuenta las características que generalmente presentan los demandados en estos casos. Consecuentemente, el Dr. Castelli nos indica que, respecto de la necesidad de regulación en la materia,

*"[l]as acciones de clase son promovidas principalmente por ciudadanos que ven vulnerados sus derechos por la actuación del Estado, de corporaciones estatales o privadas, por organizaciones financieras, todos entes de gran poder económico y político que arrasan con los derechos individuales, en aras de intereses económicos o políticos, por ello es vital contar con los instrumentos legales idóneos (...)"*.<sup>41</sup>

En el ámbito legislativo local, en su proyecto de ley de "acciones de clase" los diputados José Antonio Villariño, Osvaldo Rubén Salum y María Inés Díez dijeron:

*"[a]l mismo tiempo la acción de clase fortalece la posición negociadora del actor. En este tipo de acciones el actor individual es generalmente mucho más débil que el demandado, ya sea este una empresa de seguros en un caso de accidentes masivos, una empresa contaminante o un banco. La acción de clase, al extender el caso a todos los afectados, equilibra las partes en el proceso; esto es necesario para evitar juegos oportunistas en la negociación y también para asumir los costos de producción de la pru-*

40. SCHELLENBERG WITTMER, "Draft of the Swiss Code of Civil Procedure", febrero de 2007. El 28-6-2006 el Gobierno suizo envió al Parlamento un proyecto para un nuevo Código Procesal Civil. Además del citado, otro de los argumentos esgrimidos fue que la figura de las "acciones de clase" resultan ajenas al pensamiento jurídico europeo, por permitir a alguien el ejercicio de derechos en nombre de un grupo de personas si estas no participan como partes en la acción. Por otra parte, la acción de clase resulta controversial, incluso en su país de origen, ej. Estados Unidos, ya que puede dar lugar a problemas significativos de procedimiento.

41. CASTELLI, L. "Acciones de clase: necesidad de su regulación" en ALTERINI, J. H. (dir.), *Revista La Ley*, nro. 113, Buenos Aires, La Ley, junio de 2010, p. 1.

*eba. Evitan también las negociaciones para la formación de un litis consorcio, hacer asambleas de posibles actores; y unificar la participación en la demanda supone un costo muchas veces insuperable. Las acciones individuales hacen imposible pleitos donde hay muchos perjudicados por pequeños montos y demandados muy poderosos (...)"*.<sup>42</sup>

No tan propagado como otros de los antecedentes históricos de las "acciones de clase" en Estados Unidos, ha sido la defensa de las minorías raciales. En efecto, profesionales y académicos han contado diferentes historias acerca de las fuerzas que motivaron en 1966 la revisión de la norma 23 ("Rule 23"). De acuerdo con John Frank, miembro del Comité Asesor, las deliberaciones de ese cuerpo fueron fuertemente afectadas por los trastornos sociales de los años 60 porque:

*"[l]as relaciones raciales, eco de aquella década, estuvieron siempre en la sala de comisión. Si hubo (una) simple e indudable victoria, la fuerza enérgica que motivó toda la norma, fue la firme determinación de crear un sistema de acción de clases ("class actions") que pudiese tratar los derechos civiles y, explícitamente, la segregación. Una parte de la norma que nunca había sido cuestionada fue la '(B) (2)' y, sin su gran utilidad, en el espíritu de esos tiempos, podríamos no haber tenido nunca una norma (...)"*.<sup>43</sup>

42. 2199-D-2009, proyecto de ley de los diputados José Antonio Villariño, Osvaldo Rubén Salum y María Inés Díez.

43. FRANK, J. P., "Response to 1966 Circulation of Proposed Rule 23 on Class Actions: Memorandum to My Friends on the Civil Rules Committee", 20 de diciembre de 1966 [la traducción es nuestra]. Este antecedente de las minorías raciales también ha sido tomado como evidencia en el artículo "Trask, A. J., "The Class Action Devise in Antisegregation Cases" (Comment, "The Class Action Devise in Antisegregation Cases") en *University of Chicago Law Review*, nro. 1953, Chicago, The University of Chicago, agosto de 2011, p. 577". "Los últimos años han tenido un incremento en el número de quejas llevadas a las cortes federales mostrando descontento por la negativa hacia los grupos minoritarios sobre reclamos que involucran garantías constitucionales. La conducta que se cuestiona ha sido denominada "discriminatoria" – la negativa debido al color (raza) o estrato social para permitir a un grupo "minoritario" el acceso a ciertas facilidades o al disfrute de ciertos privilegios que, urgentemente, deben ser viables para el beneficio de todos los ciudadanos por igual. Muchas de estas acciones han sido aseguradas por la Norma Federal N° 23, o reglas estatales similares, en representación de todos los miembros del grupo afectado, en lugar de hacerlo solo en nombre de los demandantes que han acudido a la Corte". [la traducción es nuestra]. En el mismo sentido, la senadora Escudero, en su proyecto de ley sobre acciones de clase (S-1496/09), dijo que "la 'acción de clase' constituye un pilar fundamental de la organización político-judicial de los Estados Unidos, cuyos fundamentos se

Desde el punto de las minorías de género, el ex ministro de la CSJN, el Dr. R. Zaffaroni y el actual Presidente del órgano, el Dr. R. Lorenzetti, han advertido nuevamente en el resonante fallo "Mujeres por la vida"<sup>44</sup> el hecho de la mora del legislador y la necesidad de regulación legislativa de las "acciones de clase".

Por último, desde la óptica de las minorías sexuales, ya la LGBT –LAS/ELC– está utilizando como herramienta legal las "acciones de clase".<sup>45</sup> Lo mismo viene sucediendo con respecto a las personas con discapacidades, con el objeto de eliminar las barreras arquitectónicas y otros obstáculos sistémicos en las escuelas.<sup>46</sup>

#### IV. "ACCIONES DE CLASE": FORTALECIMIENTO DE LA PARTE ACTORA VISTO DESDE LA TEORÍA DISCURSIVA COMO FORMA DE SUPERACIÓN DE LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

El Alto Tribunal ha sido víctima de profundas críticas en virtud de su actividad jurisdiccional de control judicial de constitucionalidad por su carácter de órgano "contramayoritario" que podría, sin más, declarar la inconstitucionalidad de una ley emanada de un órgano mayoritario como lo es el legislativo. Creemos dable atender esta cuestión en virtud de que consideramos que como un basto sector de la más experimentada doctrina, toda sentencia del Poder Judicial, declare o no la inconstitucionalidad de una ley, es consecuencia de un previo control de constitucionalidad. Ahora bien, ¿merece la CSJN ser estigmatizada como órgano contramayoritario? Creemos que sí. Sin embargo, ¿significa este rótulo merecer la condición y condena de órgano ilegítimo a la hora de proceder en el control judicial de constitucionalidad? La respuesta es rotundamente negativa. En todo caso

---

*han situado en el 'Bill of Peace' del derecho anglosajón del siglo XVII y que fuera utilizada exitosamente en los procedimientos de defensa contra la discriminación racial durante las décadas del '50 y '60".*

44. CSJN, 31/10/2006, "Mujeres por la Vida -Asociación Civil sin fines de lucro -Filial Córdoba- v. Estado Nacional", *Fallos* 329:4593 (considerando N° 11).

45. The Legal Aid Society – Employment Law Center, *Los Derechos de las Personas Homosexuales, Bisexuales y Transgénero*, consultado en [[http://www.las-elc.org/work-lgbt\\_sp.html](http://www.las-elc.org/work-lgbt_sp.html)] el 15/2/2015.

46. The Legal Aid Society – Employment Law Center, *Los Derechos de las Personas Discapacitadas*, consultado en [[http://las-elc.org/work-disability-rights\\_sp.html](http://las-elc.org/work-disability-rights_sp.html)] el 19/2/2015.



el órgano judicial es legítimo y su legitimidad, a la hora de efectuar el control judicial de constitucionalidad, proviene propiamente de su carácter de contramayoritario. Solo que es una legitimidad diferente a la que tienen los poderes políticos. El rótulo de "contramayoritario" al poder judicial ha hecho que la mismísima Corte, en palabras del Dr. Fayt, se autolimitara ("self-restraint") en su accionar quizás en cuestiones que merecían su tratamiento.

Resulta esencial que el órgano que controle precisamente la constitucionalidad de las leyes sea contramayoritario, ya que sus funciones son las de desobstaculizar los canales de cambio político y evitar perjuicios de las minorías en beneficio de las mayorías que los colocan sistemáticamente en situación de desventaja a los primeros.<sup>47</sup>

De otra manera, controlante y controlado serían la misma persona estatal y esto rompería con el principio básico de que el controlante debe ser una persona diferente que el controlado.

Entendemos que una de las formas de superar el estigma de la llamada "objeción contramayoritaria" –según lo ha expuesto A. Bickel junto a diferentes propuestas de su superación, como las de L. Tribe, R. Dahl, J. H. Ely, C. Nino, entre otros– que ha merecido injustamente el órgano jurisdiccional, es la teoría del prestigioso jurista argentino Juan V. Sola,<sup>48</sup> que analiza la cuestión desde la teoría discursiva de Habermas, en similar sentido: Dworkin y Ackerman.

De modo sucinto, podemos dar los lineamientos básicos de su teoría: en principio, toda sentencia de la CSJN debe ser fundada, y ese fundamento es la base de un precedente futuro, es decir, una norma constitucional creada por los órganos jurisdiccionales. Los fundamentos de la decisión de la CSJN deben estar basados en los expuestos por las partes durante el debate constitucional. Es decir, que el precedente es el producto del debate formulado por las partes. La importancia de la doctrina del discurso jurídico y su expresión en Habermas es la de señalar el carácter democrático que supone el debate constitucional ante la Corte Suprema en la determinación de la futura norma constitucional. Así, la creación de una nueva norma constitucional requiere de un debate amplio en el que se incluyan

47. ELY, J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1980, p. 640.

48. SOLA, J. V., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2010, p. 33.



todos los argumentos posibles. La inclusión de todos los argumentos existentes implica un debate democrático amplio que asegure la participación de sus ideas, argumentos e intereses. Al mismo tiempo, el debate judicial incluye un elemento importante como lo es el de la *igualdad entre las partes*. Nuestra sociedad no es igual. Sin embargo, el momento en que las partes aparecen con mayor cercanía al ideal de igualdad es en el proceso judicial. Esta igualdad se ve favorecida por la representación letrada y el acceso a la información. Estas situaciones no ocurren generalmente en el órgano legislativo, el cual puede estar influenciado por grupos de interés.

En ese mismo sentido, el Dr. César Álvarez, ha dicho:

"la decisión judicial no *encuentra* su legitimación única ni principal en la fortaleza y sabiduría del juez o los jueces, *sino en el hecho de ser el resultado de un proceso de discusión, claramente dialógico, de intercambio discursivo. La decisión judicial es la conclusión dialéctica del debate previo*. Es por esto que las decisiones constitucionales de entidad deben ir precedidas necesariamente por un debate público que, si bien no se lleva a cabo solamente en los procesos judiciales, debe mantenerse alejado de la impronta mediática que arrebató y simplifica a fin de evitar la maleabilidad (...)"<sup>49</sup> [el resaltado es nuestro].

Ahora bien, ¿qué relación merece esta teoría con las "acciones de clase" consagradas jurisprudencialmente en "Halabi"? A nuestro entender, si el debate judicial es concebido como uno de los momentos más democráticos de la vida del ciudadano en cuanto a la situación de paridad que ocurre entre las partes, la deliberación pública de ambos y la igual atención que le debe prestar el juez a los litigantes –todo lo que normalmente no sucede en la vida diaria–, esta teoría se ve erosionada en determinados litigios con determinada "calidad" –si se nos permite el término– de partes.

Volvamos al ejemplo dado: un consumidor aislado –actor, usuario de telefonía móvil, por ejemplo– que litiga frente a una empresa de telefonía móvil líder en Argentina y un gran estudio jurídico contratado. Las posibilidades de recursos de uno y otro son evidentemente diferentes. Ni que hablar si el consumidor solo puede hacer frente a los gastos judiciales, lo que podría configurar un caso de negación de acceso a la justicia, más allá de todos los mecanismos existentes que sirven como herramienta para

49. Voto del Dr. César Álvarez en "Maldonado, Gustavo Gabriel", 19/5/2009, publicado en: LLBA 2009 (septiembre), 902, considerando N° 3.

garantizarlo. En esta situación, la paridad de partes parece más bien un postulado teórico que una realidad existente. Una expresión de deseo más que un derecho garantizado.

Es cierto que a la hora de evaluar las pruebas el juez tendrá en cuenta las producidas por ambas partes: en palabras del Dr. Álvarez, tendrá en cuenta ese debate previo producto de un intercambio dialógico del que emanará la sentencia, sin tener en cuenta si los argumentos vertidos en el proceso provienen del consumidor o de la gran empresa, si tomamos el ejemplo dado. En esto no diferimos en absoluto ni con el Dr. Sola ni con el Dr. Álvarez. Sin embargo, evidenciamos una situación de disparidad al momento anterior a la hora en la que el juez evalúa las pruebas. Es posible que la empresa con su gran estudio jurídico tenga la posibilidad de que la producción de sus pruebas sea más eficiente y motivadora para una sentencia a su favor, en comparación con las que la que el actor pudiese llevar a cabo en soledad con sus escasos recursos.

Es justamente este el momento de traer a colación los argumentos vertidos en el ya citado proyecto de ley de "acciones de clase" de los diputados Villariño, Salum y Diez cuando dice, en su parte pertinente:

*"[l]a acción de clase, al extender el caso a todos los afectados, equilibra las partes en el proceso; esto es necesario para evitar juegos oportunistas en la negociación y también para asumir los costos de producción de la prueba (...)"*.<sup>50</sup> [el subrayado es nuestro].

Pero al estar desequilibradas las partes en este tipo de litigios, es decir, al no haber sido reguladas por ley "las acciones de clase" en el seno de un marco legal claro, si bien el juez atenderá el debate con igual atención a todos los litigantes, lo producido por aquél debate estará viciado por la disparidad a que hicimos referencia por la diferente "calidad de parte" y los recursos que cada una de ellas posee para asumir, por ejemplo, los costos de producción de la prueba.

Corolario: si por su lado la teoría discursiva puede ser utilizada como forma de superación al rótulo que ha merecido el órgano jurisdiccional de "contramayoritario", las "acciones clase" terminan por ser una herramienta procesal que refuerzan la situación del actor que se encuentra en una posición desventajosa frente al demandado.

Una y otra forma de "democratización" del proceso judicial no son

50. 2199-D-2009, proyecto de ley de los diputados José Antonio Villariño, Osvaldo Rubén Salum y María Inés Diez.

excluyentes sino que a nuestro entender, confluyen en un mismo objetivo: democratizar un órgano que ha merecido los estigmas más cruentos, injustos e infundados al garantizar la igualdad procesal, el acceso a la justicia, entre otros objetivos que creemos positivos y productivos.

## V. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA: EL ROL DEL ÓRGANO JUDICIAL

Hasta aquí hemos visto cómo las “acciones de clase” han sido plasmadas jurisprudencialmente a partir del fallo “Halabi”. Sin embargo, como hemos notado hasta la fecha del presente trabajo no han encontrado su correlato en el Derecho positivo como sí ha ocurrido en los casos citados “ut supra”.

También hemos advertido un interrogante: ¿Por qué el órgano legislativo debería atender las exhortaciones del órgano judicial? Tanto en el fallo “Halabi” como en tantos otros numerosos fallos, el Alto Tribunal ha exhortado al órgano legislativo a que dicte una ley siguiendo los parámetros expuestos en sus mismos fallos –que, dicho sea de paso, son prácticamente similares a los de su origen en la Norma N° 23 de los Estados Unidos-. Por ello, nuestra CSJN dijo en ese entonces:

*“[f]rente a esa falta de regulación que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (...).”<sup>51</sup>*

Una vez más, la Corte exhortó al órgano legislativo –de ninguna ma-

51. CSJN, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 332:111, considerando N°12.

nera, obligó– a que solucione la cuestión de vacío legal respecto de esta herramienta procesal.

Cabría preguntarnos si la omisión por parte del órgano legisferante constituye un caso de inconstitucionalidad. Siguiendo al gran maestro Sagüés,

*“[l]a inconstitucionalidad por omisión se produce cuando un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional. Ese ‘encargo constitucional’ puede ser expreso o tácito (...)”.*

Este tipo de inconstitucionalidad asume diferentes modalidades (por mora o por negación). Dentro de la categoría “mora”, como el caso actual, encontramos la que ocurre por tardanza en la producción de normas generales, por ocio legislativo en sancionar leyes reglamentarias de la Constitución o el “desarrollo constitucional”, o para ejecutar las cláusulas programáticas del referido plexo normativo.<sup>52</sup> En lo que respecta al deber de los órganos del Estado, se encuentra el de ajustar sus conductas a la norma fundamental. Las normas emanadas del órgano legislativo deben ser coherentes materialmente con el mencionado instrumento fundacional no pudiendo alterar las declaraciones, derechos y garantías que ella consagra.<sup>53</sup> Creemos que esa coherencia es sinónimo tanto de una actitud activa del órgano en cuestión como así también de una actitud pasiva (su omisión legislativa).

Las “acciones de clase” integran la Constitución Nacional, en tanto que el Alto órgano jurisdiccional es su intérprete final<sup>54</sup> y ha deducido la operatividad de esta herramienta procesal a partir de la reforma de 1994 (en especial, a la luz del art. 42 de la Constitución Nacional).

En consonancia con lo argüido anteriormente, la Corte debe asumir el papel de “legislador precario” –si se nos permite el término– para mantener la supremacía constitucional. Sería inadmisibles que los jueces se quedasen cruzados de brazos, so pretexto de que no hay una norma procesal explícita que admita las referidas “acciones de clase”. Como dijimos, la Constitución justifica la existencia del Estado; el Estado está conformado por los tres poderes que, a su vez, están sometidos a la Constitución. De haber fórmulas constitucionales o legales que llenen el vacío jurídico, el

52. SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, pp. 605-606.

53. EKMEKDJIAN, M. A., *op. cit.*, pp. 269-270.

54. CSJN, 17/12/1997, “Rodríguez, Jorge” en “Nieva Alejandro y otros c. PEN”, *Fallos* 1:1340.

camino debe ir por ese sentido. Pero si no existen, la inconstitucionalidad por omisión merece ser purgada por los órganos jurisdiccionales. Recordemos que "los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".<sup>55</sup>

Es justo decir que, actualmente el legislador ha tomado nota de las diferentes exhortaciones que le ha hecho la CSJN para que avance en el dictado de una ley que regule las "acciones de clase". Prueba de ello son los diferentes proyectos de ley que han ingresado por las mesas de entradas de las Cámaras Alta y Baja, de los cuales la mayoría perdió estado parlamentario.<sup>56</sup>

Como sucedió con otros antecedentes jurisprudenciales que luego fueron positivizados según el recorrido histórico que hemos hecho al comienzo, en los argumentos de algunos proyectos de ley sobre "acciones de clase" también se citó una y otra vez al Supremo Tribunal casi hasta al hartazgo, reivindicando a nuestro comprender su rol de intérprete final de la Carta Magna. Como hemos advertido, parte de la doctrina ha sido tajantemente lastimosa hacia la Corte Suprema en cuanto a lo que "objeción contramayoritaria" se refiere, según lo analizado oportunamente. Sin embargo, no deja de ser un dato interesante que los legisladores, como miembros de un órgano mayoritario, pongan el ojo en lo que ha dicho el prestigioso Tribunal en sus fallos al reproducir casi textualmente en sus proyectos de ley los parámetros delineados por él, como el caso en el fallo "Halabi". Por ejemplo, la senadora Sonia Escudero<sup>57</sup> en su proyecto luego de hacer un análisis de ese fallo, dijo:

*"[e]stas consideraciones y parámetros que la Corte ha establecido en el fallo son de suma importancia y deben ser tenidos muy en cuenta a la hora de legislar sobre las acciones de clase. De allí que en este proyecto de ley contemplemos escrupulosamente dichas pautas a fin de que la regulación sea lo más correcta posible (...)".*

Caso análogo fue el proyecto de Ley de los diputados Fernando Yarade y Mónica Liliana Torfe que dijeron:

55. Art. 15 del anterior Código Civil de la Nación (y su equivalente art. 3 del actual Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 29.994).

56. Proyectos de Ley N° 3472/2014 (15/10/2014), 1999/2014 (18/6/2014), 66/2013 (04/03/2013), 1045/2011 (11/05/2011), 18/11 (02/03/2011), 3396/2010 (30/09/2010) y 1786/09 (18/06/2009).

57. S-1496/09, proyecto de ley de la senadora Sonia Escudero.

*"[e]n febrero de 2009, la CSJN dictó el fallo „Halabi, Ernesto c. PEN –Ley 25.873– Dto. 1563/04 s. Amparo” (...) en el cual delineó por primera vez los caracteres de la acción de clase que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos de carácter patrimonial, diferenciándola de aquella que tiene por objeto la protección de derechos colectivos que por su naturaleza son individuales”.*

Completaron su argumentación al decir:

*"[l]a CSJN explicó que la norma contenida en el artículo 43 de la CN es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. La CSJN concluyó que la mora del legislador debe ser solucionada y que es deber de los jueces garantizar el acceso a la justicia para la defensa de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (...)"*.<sup>58</sup>

## VI. CONCLUSIONES Y PREGUNTAS FINALES

En el presente trabajo nos hemos puesto como meta analizar las creaciones jurisprudenciales del Alto Tribunal que han merecido posterior recepción legislativa y/o constitucional. Todo ello ha sido para contrastar la ausencia de una ley que regule las llamadas "acciones de clase" las que, si bien han sido incorporadas al orden jurídico pretorianamente, no han encontrado su correlato a la fecha del presente en el Derecho positivo.

Por su parte, nos preguntábamos por qué el órgano legislativo debería atender a los llamados de atención de la CSJN –como quedó en evidencia en "Halabi"–. La respuesta la hemos hallado por su carácter de "intérprete final" y guardián de la Constitución Nacional.

Ante la omisión del órgano legislativo y a partir del dictado de "Halabi", hicimos un breve repaso conceptual e histórico de esta herramienta procesal. Es que, a partir del análisis sobre los beneficios que traería aparejado la incorporación de las "acciones de clase" al Derecho positivo –su recepción legislativa–, hemos advertido la imperiosa necesidad de que el Poder Legislativo ponga en marcha los mecanismos correspondientes a fin

58. 5996-D-2010, proyecto de ley de los diputados Fernando Yarade y Mónica Liliana Torfe.

de dictar una ley con parámetros claros, y posterior reglamentación en la materia, que subsane el vacío legislativo que la propia CSJN viene advirtiendo hace años.

Hemos puesto de manifiesto que la CSJN es un órgano necesariamente contramayoritario en esencia, como lo es el Judicial en general. También es cierto que, como órgano no elegido democráticamente, ha dado los indicios y pautas que luego han sido tomados casi de forma textual por los legisladores y/o constituyentes que luego se han convertido en ley o en artículos de la Constitución Nacional respectivamente.

Cabría preguntarse si sobre la base de los argumentos expuestos con anterioridad y sin entrar en estado dubitativo sobre la necesidad de regulación normativa de las "acciones de clase" el órgano legislativo, de aprobar alguno de los proyectos con estado parlamentario o tomar en cuenta alguna doctrina pretoriana para su incorporación posterior a la Constitución Nacional —en el caso de una reforma—, no estaría legislando en materia de minorías cuando su función es legislar materia de mayorías. ¿Estaría un órgano mayoritario legislando a favor de requerimientos contramayoritarios? Creemos que, si bien las "acciones de clase" tienen un origen y una esencia minoritaria, en la actualidad resultan ser una herramienta útil para masivos grupos de por ejemplo consumidores; en el sentido de mayor equidad en el proceso judicial, reducción de costos, unificación de las decisiones judiciales, entre otros factores que ya hemos advertido.

Mientras tanto, y hasta no contar con una ley que regule las "acciones de clase", mientras el legislador siga haciendo caso omiso de los diversos y reiterados llamados de atención de nuestra CSJN a pesar de su misión de cumplir con el cometido constitucional, repitiendo lo antedicho, es entendible:

*"[l]a sociedad contemporánea reclame al Poder Judicial soluciones, aunque ellas no hayan sido previstas por los poderes legislativo o ejecutivo".<sup>59</sup>*

## BIBLIOGRAFÍA

BIANCHI, Alberto, "El fallo 'Halabi', las acciones de clase en la Argentina", en DEL CARRIL, Enrique V. (pte.), *La Hoja Online*, nro. 123, publicación

59. SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 618.

del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, La Ley, junio de 2009.

CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, 7ma edición.

CASTELLI, Leandro, "Acciones de clase: necesidad de su regulación" en AL-TERINI, Jorge H. (dir.), *Revista La Ley*, nro. 113, Buenos Aires, La Ley, junio de 2010.

EBLE, Timothy E., "Conferencia - Problemática de las acciones de clase", en *Revista Derecho al Día*, nro. 108, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires - Facultad de Derecho, junio de 2007.

EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. De Palma, 2000.

ELY, John H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1980.

FRANK, John P., "Response to 1966 Circulation of Proposed Rule 23 on Class Actions: Memorandum to My Friends on the Civil Rules Committee", 20 de diciembre de 1966.

SAGÜÉS, Néstor P., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

–, "Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y Justicia constitucional*, elaborado en el marco de actividades del Centro interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de Rosario, de la Universidad Católica Argentina, México, DR, 2002.

SHELLENBERG WITTMER, "Draft of the Swiss Code of Civil Procedure", febrero de 2007.

SOBRINO REIG, Jorge I., *La conveniencia del control de constitucionalidad difuso para superar la inconstitucionalidad por omisión*, ponencia presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

SOLA, Juan Vicente, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006.

–, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

TRASK, Andrew J., "The Class Action Devise in Antisegregation Cases" (Comment, "The Class Action Devise in Antisegregation Cases") en *University of Chicago Law Review*, nro. 1953, Chicago, The University of Chicago, agosto de 2011.

THE LEGAL AID SOCIETY – EMPLOYMENT LAW CENTER, *Los Derechos de las*



*Personas Homosexuales, Bisexuales y Transgénero*, consultado en [http://www.las-elc.org/work-lgbt\_sp.html] el 15/2/2015.

THE LEGAL AID SOCIETY – EMPLOYMENT LAW CENTER, *Los Derechos de las Personas Discapacitadas*, consultado en [http://las-elc.org/work-disability-rights\_sp.html] el 19/2/2015.

